«النظام العام القائم على الارتباط»
في قضاء محكمة تمييز دبي بشأن مسائل الأحوال الشخصية
(دراسة في القانون الدولي الخاص الإماراتي)

الأستاذ الدكتور/ نور حمد الحجايا
كلية القانون - جامعة العين
دولة الإمارات العربية المتحدة

ملخص

بينّا في هذا البحث أن محكمة تمييز دبي، من خلال الرجوع إلى العديد من أحكامها، قامت بتطبيق مفهوم النظام العام القائم على الارتباط بهدف استبعاد القانون الأجنبي المخالف لمقتضيات النظام العام في دولة الإمارات العربية المتحدة. ولغاية معرفة هذا الموضوع من جميع جوانبه، شرعنا بتوضيح ماهيته من خلال الوقوف على المقصود به، وبيان شروط تطبيقه، وتمييزه عما يختلط به من مصطلحات، وذلك في المطلب الأول من هذا البحث. أما المطلب الثاني فناقشنا فيه تقدير النظام العام القائم على الارتباط من حيث تقدير معايير الارتباط التي استخدمتها محكمة تمييز دبي، ومن حيث مدى إهداره لمقتضيات النظام العام الإمارتي وأحكام الشريعة الإسلامية القطعية. وفي نهاية البحث اختتمناه بخاتمة حددنا فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها.

المقدمة

يقصد بالنظام العام مجموعة القواعد والأسس التي تخص كيان المجتمع في دولة الإمارات العربية، السياسية المتعلقة بتنظيم السلطات في الدولة وطرق مباشرة السيادة فيها، والاقتصادية التي تتعلق بالإنتاج والدخل القومي وتداول النقود، والاجتماعية التي تتعلق بكفالة الأمن والاستقرار، والأخلاقية التي تمثل الناموس الأدبي الذي تحرص الجماعة على المحافظة عليه وصيانته من العبث.[1] وجميع تلك القواعد والأسس يجب احترامها وعدم مخالفتها سواء أكان ذلك على مستوى العلاقات الداخلية أم على مستوى العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي.

(١) انظر في ذلك: حكم المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٢٠١٥، تجاري، جلسة الأربعاء الموافق ٣٠ من سبتمر سنة ٢٠١٥، غير منشور.

إن الدور الذي يلعبه النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص يختلف عن ذلك الدور الذي يؤديه في مجال فروع القانون الداخلي الأخرى؛ إذ إن دوره في القانون الدولي الخاص يقتصر على استبعاد قواعد القانون الأجنبي الذي يخالف مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٧ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بالقول: «لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة». أما دوره في فروع القانون الداخلي الأخرى فيتمثل في إبطال أي تصرف من شأنه الإخلال بمقتضيات النظام العام الداخلي في دولة ما، فمثلاً إذا كان القانون قد منع التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب، فإن العقد الذي يكون محله ذلك الشيء يكون باطلاً.[٢]

وهذا الدور الاستبعادي الذي يقوم به النظام العام في القانون الدولي الخاص يعتبر بمثابة تصحيح للنتائج السلبية الناشئة عن تطبيق قواعد الإسناد التي تتسم بالحياد والتجريد،[٣] إذ إن هذه الأخيرة قد تعين قانوناً أجنبياً لحكم النزاع، وتكون قواعد ذلك القانون مخالفة للنظام العام في دولة الإمارات العربية المتحدة، فالسبيل في استبعاد تلك القواعد الأجنبية هو بالتأكيد تطبيق نظرية النظام العام.

وتختلف طرق تدخل النظام العام، فقد يتدخل عند لحظة نشوء الحق، كأن يتقدم فرنسي غير مسلم للزواج من أردنية مسلمة في الإمارات، فترفض المحكمة الإماراتية إبرام هذا الزواج، وذلك لمخالفته النظام العام الإسلامي، كما قد يتدخل النظام العام في مرحلة الاعتراف بالحقوق التي نشأت في الخارج، كأن يبرم ذلك الزواج الوارد في المثال السابق في فرنسا، وهو جائز وفق القانون الفرنسي، فهل يتم الاعتراف به في دولة الإمارات؟

(٢) انظر: الفقرة ٢ من المادة ٢٠٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

(٣) وعلى خلاف ذلك يرى أحد الباحثين أن النظام العام يعتبر بمثابة تعطيل للإعمال الطبيعي لقواعد الإسناد، محمود سلطان عبدالله، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق- جامعة الموصل، العراق، عدد ٤٣، ٢٠١٠، ص٨٦. وفي الحقيقة لا نستطيع القول إن النظام العام هو بمثابة تعطيل لإعمال قواعد الإسناد بحجة أن القاضي قد قام بتطبيقها وتم تعيين القانون الأجنبي من خلالها، وتبين له أن الأخير يخالف مقتضيات النظام العام في دولته، فما عليه في مثل هذه الحالة إلا استبعاد القانون الأجنبي وإحلال قانون القاضي محله، وبهذا فإن إعمال النظام العام يصحح النتائج السلبية الناجمة عن تطبيق قواعد الإسناد الوطنية، فلا يعطلها لأن من يعطل إعمالها هي القواعد ذات التطبيق الضروري أو الأخذ بمنهج القواعد الموضوعية (المادية).

ومن المعلوم أن فكرة النظام العام مرنة تخضع لتقدير قاضي الموضوع، وهذا التقدير يخضع - بلا شك - لرقابة المحكمة العليا، فهل القاضي الإماراتي عندما يقوم بتطبيق النظام العام الإماراتي من أجل استبعاد القانون الأجنبي المخالف، أو من أجل عدم الاعتراف بحق نشأ في الخارج، أو لغاية عدم الأمر بتنفيذ حكم أجنبي، يتحقق فقط من مخالفة ذلك القانون الأجنبي أو الحكم الأجنبي لمقتضيات النظام العام الإمارتي، أم عليه أن يتحقق أيضاً من مدى ارتباط ذلك النزاع بدولة الإمارات من عدمه لتفعيل النظام العام الإماراتي الذي بناء عليه يتم استبعاد القانون الأجنبي؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل، الذي يمثل مشكلة هذا البحث، تقتضي بيان ماهية النظام العام القائم على الارتباط، ومن ثم بيان موقف محكمة تمييز دبي من هذا النوع من النظام العام وتقديره.

وعلى ذلك سنقسم هذا البحث إلى مطلبين: نتاول في المطلب الأول ماهية النظام العام القائم على الارتباط في قضاء محكمة تمييز دبي، وفي المطلب الثاني سنعكف على تقدير نظام الارتباط الذي يقوم عليه تطبيق النظام العام من قبل محكمة تمييز دبي.

المطلب الأول

ماهية النظام العام القائم على الارتباط

للوقوف على ماهية النظام العام القائم على الارتباط نرى أنه من الضروري بيان المقصود بالنظام العام القائم على الارتباط، وبيان شروط تطبيقه، ومن ثم تمييزه عما يختلط به من مصطلحات، وذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول

التعريف بالنظام العام القائم على الارتباط

إن مصطلح النظام العام القائم على الارتباط هو مصطلح مركب يتكون من شقين، يتمثل الشق الأول في فكرة النظام العام، أما الشق الثاني فيتعلق بالارتباط، ولا شك أنه لو أخذنا كل شق على حدة، لوجدنا أن الشقين يختلفان عن بعضهما البعض، فالنظام العام يمثل الاستثناء في موضوع تنازع القوانين، وهو يعتبر مانعاً من موانع تطبيق القانون الأجنبي، بمعنى أنه يستبعد أي قانون أجنبي يخالف النظام العام في دولة القاضي، ولا يمكن إعمال هذا النظام إلا من خلال المنهاج التنازعي (منهج قواعد الإسناد).[٤]

(٤) أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى دون سنة نشر، دار النهضة العربية، =

أما الارتباط فيشكل مبدأ في نظرية تنازع القوانين[٥]؛ إذ إن المشكلة التي يجب حلها عند الفقيه سافيني في موضوع التنازع هي البحث عن المقر أو المركز المكاني للرابطة القانونية،[٦] وهذا المقر أو المركز القانوني عند سافيني فيما يتعلق بالأحوال الشخصية هو الموطن،[٧] وسرعان ما تغير هذا الرابط الذي قال به سافيني فيما يتعلق بالأحوال الشخصية في جميع الدول التي تأثرت بفقه مانشيني إلى رابط الجنسية، وفي هذا نقول إن أفضل الروابط التي يستعان بها عند صياغة قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية هي: الموطن أو محل الإقامة أو الجنسية، وتترك الحرية لكل دوله لاختيار أي من المعايير السابقة لتحديد القانون المختص بنظر مسائل الأحوال الشخصية.[٨] هذا وقد اختار المشرع الإماراتي معيار الجنسية لبيان القانون المختص بمسائل الأحوال الشخصية.[٩] وعلى ذلك فالرابط الذي يربط موضوع النزاع المتعلق بقضية من قضايا الأحوال الشخصية في القانون الإماراتي لشخص ما بدولة ما هو رابط الجنسية، وهذا الرابط ؛ أي رابط الجنسية، عُدّ مسبقاً من قبل المشرع وبشكل مجرد، وهذا ما يسمى بالرابط المعد مسبقاً، بينما يوجد في المقابل قواعد أخرى لحل تنازع القوانين يترك فيها تقدير الرابط للقاضي الذي ينظر النزاع من أجل القول بأن قانون دولة ما هو الذي يختص بنظر ذلك النزاع من عدمه، ومثل تلك القواعد ما نُص عليه في عجز الفقرة الأولى من المادة ١٩ من قانون المعاملات الإماراتي بالقول: «أو يبين من الظروف أن قانوناً آخر هو

= القاهرة، مصر، ص ٧٨١. حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٤، ص٤٦٦ وما بعدها.

A.Bucher Andreas, l'ordre public et le but social des lois en doit international privé, Recueil des Cours Académie de droit international, II, 1994, tome 239, p . 44.

(٥) Jean-Yves Carlier, quand l'ordre public fait désordre pour une interprétation nuancée de l'ordre public de proximité en droit international privé à propos de deux arrêts de cassation relatifs à la polygamie et à la répudiation, revue générale de droit civil belge, 2008, p. 525 et s.

(٦) F.C.Von Savigny, traité de droit roman, éd Panthéon- Assas, Paris, 2002m p. 109.

(٧) حول فقه سافيني انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، دون سنة نشر، ص ٦١٣.

(٨) لكن هذا القول لا يعني أنه لا يمكن الاستعانة بمعايير أخرى من أجل تحديد القانون المختص بنظر بعض مسائل الأحوال الشخصية، مثلاً استخدم ضابط إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على الطلاق، وهذا ما نصت عليه المادة ٥ من النظام الأوروبي رقم ٢٠١٠/١٢٥٩ الصادر بتاريخ ٢٠ ديسمبر ٢٠١٠ والمتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال الجسماني، والمنشور في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي رقم١٠ ١.٣٤٣/ تاريخ ٢٩-١٢-٢٠١٠.

(٩) انظر: المواد ١١، ١٢،١٣، ١٥،١٦،١٧ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

المراد تطبيقه»، فالقاضي هو الذي يستخلص تلك الظروف من أجل معرفة ذلك القانون، وهو الذي يقدر الارتباط بين ذلك القانون والعقد محل النزاع لكي يتمكن من تطبيقه.

من هنا نقول إن جميع قواعد الإسناد تتضمن معايير إسناد، وهذه المعايير تستوحى من مجموعه من المبادئ التي ذكرها الفقيه الفرنسي Paul Lagarde في دروسه المنشورة في دورية أكاديمية لاهاي للقانون الدولي عام ١٩٨٦ وهي: مبدأ الارتباط، وبموجبه تخضع المسألة القانونية محل التنازع إلى القانون الأكثر ارتباطاً بها، ومبدأ السيادة، وبمقتضاه تحدد الدولة المسائل التي تخضع لقانونها، ومبدأ الحرية التعاقدية والذي بتطبيقه يُسمح للأطراف باختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم القانونية. ولعل المبدأ الذي يهمنا في هذه الدراسة هو مبدأ الارتباط ، وهذا المبدأ يعد - بلا شك - مصدر إلهام في تحديد معايير الإسناد، فوفقاً للأستاذ Lagarde عندما تكون هناك مسألة قانونية يحكمها قانون الدولة الأكثر اتصالاً بها، فإنه في هذا اللحظة لا توجد معايير إسناد، وإنما يتوافر مبدأ يوجه القاضي من خلال دراسة جميع الظروف المحيطة بتلك المسألة لغاية تعيين القانون المختص(١٠).

وبناء على ما سبق يمكن تعريف مبدأ الارتباط بأنه توجيه للقاضي بتطبيق القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع، فهو إذاً ليس معيار إسناد، وإنما هو إجراء عن طريقه يتم تحديد معيار أو ضابط الإسناد، بالإضافة إلى أن هذا المبدأ يؤدي أيضاً دوراً تصحيحاً لقواعد الإسناد، بمعنى أن القاضي يمكنه في بعض التشريعات استبعاد القانون الذي عينته قواعد الإسناد بحجة أنه لا يرتبط ارتباطاً وثيقاً بموضوع النزاع.(١١)

وعند دمج مصطلحي النظام العام والارتباط معاً، يمكن تعريف المصطلح المركب الناجم عن الدمج؛ أي النظام العام القائم على الارتباط ، بأنه مجموعة من الظروف التي يقدرها القاضي في كل مسألة من المسائل القانونية التي تعرض عليه كل على حدة، وإذا ما استخلص من تلك الظروف ارتباط المسألة القانونية بقانون القاضي، فإن هذا القانون هو الذي يطبق على تلك المسألة القانونية التي كان يحكمها في الأصل قانون أجنبي تبين

(١٠) Lagarde, le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RCADI, 1986, II, tome 196, p. 157-168.

(١١) انظر في ذلك: الفقرة الأولى من المادة ١٥ من القانون الاتحادي السويسري الخاص بالقانون الدولي الخاص الصادر بتاريخ ١٩٨٧/١٢/١٨ التي تنص على أنه:
(Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit.).

بعد فحص مضمونه أنه يخالف النظام العام في دولة ذلك القاضي.[١٢] وهذا يعني أنه كلما كانت المسألة القانونية أكثر ارتباطاً بقانون دولة القاضي، فإن الرقابة على مدى توافق القانون الأجنبي مع النظام العام تكون أكثر صرامة، والعكس صحيح.

وقد طُبق مفهوم النظام العام القائم على الارتباط من قبل قضاة محكمة تمييز دبي في أكثر من مناسبة، فقد ذهبت في حكم لها إلى « أن تطبيق قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة (القانون الهندي) لا يغير مما تقدم أن يكون ما جاء به قانون المواريث الهندي/ الهندوسي مخالفاً لما هو معروف في الشريعة الإسلامية من عدم جواز حرمان أب المتوفى من حصته في ميراث ابنه؛ ذلك أن تطبيق الشريعة الإسلامية وتبعاً لذلك القانون الذي استمد أحكامه منها في هذا الموضوع (قانون الأحوال الشخصية الإماراتي) لا يكون إلا إذا كان الميراث بين طرفين كليهما أو أحدهما مواطناً أو أجنبياً مسلماً، أما إذا كان الميراث بين طرفين غير مواطنين وغير مسلمين سواء من الكتابيين أو غيرهم، فإن قانون جنسية المورث وقت وفاته إذا تمسك به أحد الورثة يكون هو الواجب التطبيق، ولو اختلفت أحكامه في شأن تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم مع أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد، حيث لن تتأذى الشريعة الإسلامية في ذلك طالما لم يكن المورث أو أحد الورثة مواطناً أو أجنبياً مسلماً».[١٣]

وذهبت في حكم آخر يتعلق بمدى موافقة القانون الهندوسي الذي يجيز التوارث بين مختلفي الديانة، للنظام العام الإماراتي إلى القول بأنه: «من المقرر أن قواعد الميراث الأساسية التي تستند إلى نصوص قانونية قطعية في الشريعة الإسلامية تعتبر بالنسبة للمسلمين سواء أكانوا مواطنين أم أجانب من النظام العام، ولا تجوز مخالفتها، وبحيث لا يجوز للقاضي الوطني تغليب أحكام أي قانون أجنبي عليها باعتبار أنها متعارضة مع القواعد الأساسية للميراث في الشريعة الإسلامية متى كان المورث من المسلمين».[١٤]

(١٢) P. Lagarde, la théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation française l'expérience française, in nouveaux itinéraires en droit hommage à François Rigaux, Bruylant , 1993, p . 270.

(١٣) محكمة تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ٩٠ لسنة ٢٠٠٦ قضائية، تاريخ الجلسة ٢٠٠٧/٢/١٣، المكتب الفني ١٨،ج١، ص١٢٥. وفي ذات المعنى انظر: محكمة التمييز، الأحكام المدنية، الطعن رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٢ قضائية، تاريخ ٢٠٠٢/١٢/١٤، مكتب فني ١٣، ج١، ص٨٥٧، محكمة التمييز، الأحكام المدنية، الطعن رقم ٣ لسنة ١٩٩٨ قضائية، تاريخ الجلسة ١٩٩٨/٥/٢٤، مكتب فني ٩، ج١، ص ٤٣٢. وانظر أيضاً، تمييز دبي، الأحكام المدنية، الطعن رقم ٣٨ لسنة ٢٠٠٦، قضائية تاريخ الجلسة ٢٠٠٦/١١/٢٨، المكتب الفني ١٧، ج٢، ص١٦٩١.

(١٤) محكمة التمييز، الأحكام المدنية، الطعن ١٨٢، لسنة ٢٠٠٦ قضائية، تاريخ الجلسة ٢٠٠٦/١٢/١٧، مكتب فني ١٧، ج٢، ص ١٨٠٤.

كما قضت محكمة تمييز دبي بأن: «رفع الزوجة الدعوى للمطالبة بنفقتها على زوجها قرينة على عدم الأداء لها ما لم يقم الدليل على عكس ذلك، ومن ثم فإنها تستحق نفقة زوجية من تاريخ رفع الدعوى، وكان هذا الذي خلص إليه الحكم المطعون فيه سائغاً وكافياً لحمل قضائه وله أصله الثابت في الأوراق ويتسق مع أحكام قانون التبني والنفقة الهندوسي لعام ١٩٥٦ الواجب التطبيق بلا مخالفة فيه لأحكام الشريعة الإسلامية في شأن وجوب احتباس الزوجة على رعاية شئون زوجها وطاعته لما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة من أن الشريعة الإسلامية لن تتأذى في ذلك طالما لم يكن أحد الزوجين مواطناً أو كان الزوج أجنبياً مسلماً، كما لن يتأذى النظام العام في الدولة حسبما ذكر».[١٥]

ومن خلال التعريف السابق نستخلص أن الشروط الواجب توافرها لكي يقوم القاضي بتطبيق فكرة النظام العام القائم على الارتباط على النزاع الماثل أمامه بهدف استبعاد القانون الأجنبي المختص هي: وجود قانون أجنبي مختص، ومخالفة هذا القانون لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي، بالإضافة إلى ضرورة وجود ارتباط بين النزاع وقانون دولة القاضي الذي ينظر النزاع، جميع هذه الشروط سنناقشها في الفرع الآتي:

الفرع الثاني

شروط تطبيق النظام العام القائم على الارتباط في قضاء محكمة تمييز دبي

سنوضح فيما يأتي شروط تطبيق النظام العام القائم على الارتباط وإسقاطها على الأحكام القضائية السابق الإشارة إليها الصادرة عن محكمة تمييز دبي.

أولاً: أن يكون القانون الواجب التطبيق قانوناً أجنبياً

نصت الفقرة الثانية من المادة ١ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنه: « تسري أحكام هذا القانون على مواطني دولة الإمارات العربية المتحدة ما لم يكن لغير المسلمين منهم أحكام خاصة بطائفتهم وملتهم، كما تسري أحكامه على غير المواطنين ما لم يتمسك أحدهم بتطبيق قانونه».

من خلال هذا النص يتبين أن القانون الأجنبي لا يطبق على النزاع المشوب بعنصر أجنبي إلا إذا تمسك أحد أطراف الدعوى بتطبيق القانون الأجنبي، وهذا يدل على أن

(١٥) محكمة التمييز، الأحكام المدنية، الطعن ١١٠، لسنة ٢٠٠٨ قضائية، تاريخ الجلسة ٢٠٠٩/٣/٣، مكتب فني ٢٠، ج١، ص ٤٩١.

القانون الإماراتي لم يساوِ بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، وهذا يعني أن القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب على المتمسك به إقامة الدليل على وجوده.(١٦)

وهذا ما درجت على تطبيقه محكمة تمييز دبي بعد سريان قانون الأحوال الشخصية الإماراتي كما هو واضح من خلال الأحكام السابق الإشارة إليها في الفرع الأول، كما قضت ذات المحكمة بأنه: «إذا ما أراد الأجنبي المقيم بالدولة تطبيق قانونه الأجنبي، فإن عليه أن يتمسك بذلك صراحة أمام محكمة أول درجة، وأن يقدم إليها نسخة من هذا القانون، ولا يجوز له التمسك بذلك أمام محكمة الاستئناف؛ لما في ذلك من تفويت درجة من درجات التقاضي على خصمه».(١٧)

وبناء على ما سبق نرى أنه لا تطرح مشكلة التحقق من مضمون القانون الأجنبي إلا إذا كان ذلك القانون هو الواجب التطبيق، ولا يطبق القانون الأجنبي في دولة الإمارات فيما يخص قضايا الأحوال الشخصية إلا إذا تمسك أحد الأطراف بتطبيقه، وأقام الدليل

(١٦) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية،

(١٧) قرار تمييز دبي في الطعن رقم ٢٠١١/٩٦ تاريخ ٢٠١١/١١/٢٢، الخدمات الإلكترونية لمحاكم دبي. وانظر أيضاً: القرار في الطعن رقم ٢٠١٠/٣٣ وفي الطعن ٢٠١٠/٣٤ أحوال شخصية لذات المحكمة الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٤/٤، الخدمات الإلكترونية لمحاكم دبي.
وفي المقابل كان موقف محكمة تمييز دبي قبل صدور قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ بتاريخ ٢٠٠٥/١١/١٩ ونشره في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠٠٥/١١/٣٠ بعدة أشهر على النحو الآتي «إن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية بشأن بيان القانون الأجنبي الواجب التطبيق في دعاوى الأجانب هي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، ويلتزم القاضي الوطني بأن يقوم من تلقاء نفسه ودون توقف على طلب الخصوم أو اتفاقهم بإعمال قاعدة الإسناد الواردة في القانون الوطني، وبالبحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق، فلا يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إلا إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي أو تحديد مدلوله». تمييز دبي، الطعن رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٥، أحوال شخصية، جلسة الأحد ٢٦ يونيو ٢٠٠٥، مكتب فني ١٦، ج١، ص ١٣٩٠. وفيما يتعلق برأيي في الموضوع أتمنى على المشرع الإماراتي أن يعدل قانون الأحوال الشخصية ويجعل تطبيق القانون الأجنبي إجبارياً وذلك للاسباب التالية: أن القضاء الإماراتي يشترط أن يتمسك بالقانون الأجنبي فقط أمام محكمة الدرجة الأولى، وعليه لا يجوز التمسك بالقانون الأجنبي لأول مرة أمام الاستئناف لأنه يعد طلباً جديداً. ومن ناحيتي أرى أنه لو كان طلباً جديداً ألا يحق لأي طرف أن يرفع ذات الدعوي ويتمسك بتطبيق القانون الأجنبي، إذا كانت الإجابة نعم فكيف يرفع ذات الدعوى مرة أخرى أمام القضاء، ألا يصطدم ذلك بحجية الأمر المقضي به؟ أضف إلى ذلك أن المحاكم العليا في دولة الإمارات تراقب على صحة تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره، وكيف تراقب محاكم عليا على صحة تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره وهي محاكم قانون إلا إذا كانت المسألة محل المراقبة هي مسألة قانون بحتة لا يخالطها واقع، كل تلك الاسباب ترجح أن القانون الأجنبي يجب أن يعامل كالقانون الوطني.

على وجوده، وتبين للقاضي أنه هو القانون المختص وفق ما تقضي به قواعد الإسناد المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وعند التحقق من صحة تطبيق القانون الأجنبي وفق قواعد الإسناد، يتم الانتقال إلى التحقق من الشرط الثاني وهو شرط الارتباط، أي ارتباط النزاع بدولة الإمارات.

ثانياً: ارتباط النزاع بدولة القاضي

يعتبر شرط الارتباط من أهم الشروط التي تميّز النظام العام القائم على الارتباط عن كل من «النظام العام الكامل»، الذي يطبق بمجرد مخالفة القانون الأجنبي للقواعد الجوهرية في النظام القانوني لدولة القاضي ، و«النظام العام المخفف»، الذي يخفف من حدة النظام العام الكامل، بحيث يطبق القانون الأجنبي، ولو كان هذا القانون يخالف النظام العام في دولة القاضي مخالفة تقّدر بأنها غير جسيمة، وهذا النوع من النظام العام لا يطبق إلا بشأن المسائل التي تنشأ في الخارج ويراد الاعتراف بها في دولة القاضي.

فالقاضي لا يستبعد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام إلا إذا قام بتقدير أنّ ما نشأ في الخارج، أو أنّ الحكم القضائي الأجنبي الصادر بشأن نزاع يرتبط برابط كافٍ بدولة القاضي الذي يراد منه الاعتراف بما نشأ من حق في الخارج، أو الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي أو بتنفيذه في دولته. والسؤال الذي نود الإجابة عنه فيما يأتي هو، كيف يقدّر القاضي الارتباط بالنظام القانوني لدولته من أجل استبعاد القانون الأجنبي الذي يخالف مقتضيات ذلك النظام القانوني؟

من خلال الأحكام القضائية السابق الإشارة إليها يتبين أن قضاء محكمة تمييز دبي قد استخدم ضابط الجنسية بالنسبة للوطني، وضابط الدين الإسلامي بالنسبة للأجنبي من أجل استبعاد القانون الأجنبي المخالف لمقتضيات الشريعة الإسلامية التي تشكل أحكامها القطعية جزءاً من النظام العام لدولة الإمارات العربية المتحدة، فمثلاً لم تستبعد محكمة تمييز دبي القانون الهندي الواجب التطبيق على تعين الورثة وتحديد أنصبتهم بالرغم من اختلاف أحكام هذا القانون مع الشريعة الإسلامية، والسبب في ذلك أنه لم يكن من بين الورثة وارث يحمل الجنسية الإماراتية أو يدين بالإسلام. ومن خلال مفهوم المخالفة نرى أنه لو كان أحد الورثة إماراتياً أو كان أحد الورثة أجنبياً مسلماً، فإن محكمة تمييز دبي سوف تستبعد ذلك القانون لمخالفته النظام العام الإماراتي.

ونستنتج من ذلك أيضًا أن محكمة تمييز دبي في قضايا الأحوال الشخصية المشوبة بعنصر أجنبي لا تستبعد القانون الأجنبي باسم النظام العام القائم على الارتباط إلا إذا كان النزاع بشأن مسألة من مسائل الأحوال الشخصية يرتبط بدولة الإمارات برابط الجنسية الإماراتية أو برابط الديانة الإسلامية إذا كان أحد الأطراف أجنبياً.

ومن الملاحظ أن معايير الارتباط التي استخدمتها محكمة تمييز دبي هي معايير شخصية غير مرتبطة بالإقليم الإماراتي، بمعنى أن تلك المحكمة لم تستخدم المعايير الشخصية المرتبطة بالإقليم كالإقامة أو التوطن في دولة الإمارات كما فعل القضاء الفرنسي في أول قضية طبق فيها نظرية النظام العام القائم على الارتباط وهي قضية: de Pedro إذ جاء فيها أن محكمة النقض الفرنسية (الدائرة المدنية الأولى) استبعدت القانون الأسباني لمخالفته النظام العام الفرنسي المقيم في فرنسا الذي يقضي بأنه من حق الفرنسي طلب الطلاق.[١٨] ومن خلال هذا القرار يجب أن لا يفهم أن المعيار الذي يستند إليه القضاء الفرنسي لاستبعاد القانون الأجنبي القائم على الارتباط هو معيار الجنسية الفرنسية والإقامة في فرنسا معاً، وإنما استخدم القضاء الفرنسي لاحقاً معيار الإقامة في فرنسا وحده لكي يستبعد القانون الأجنبي المخالف لمقتضيات النظام العام في فرنسا.[١٩]

بقي أن نحدد الوقت الذي يقدر فيه القاضي توافر معيار الارتباط بالدولة الإماراتية، فهل يحدد ذلك الوقت باليوم الذي نشأ فيه الحق في الخارج، أو باليوم الذي صدر فيه الحكم الأجنبي المتعلق بذلك الحق، أم يحدد بيوم رفع النزاع أمام القضاء الإماراتي الذي موضوعه الاعتراف بالحق الذي نشأ في الخارج أو الاعتراف بالحكم الأجنبي؟

ومن أجل الإجابة عن التساؤل المذكور أعلاه نوضح موضوع ذلك التساؤل بالمثال التالي: لو أن هندية/ هندوسية الديانة حصلت على نفقة بموجب القانون الهندي وهي منفصلة عن زوجها الهندي/ هندوسي الديانة، وأرادت تنفيذ الحكم بالنفقة في الإمارات حيث يقيم الزوج، وأثناء رفع دعوى التنفيذ أسلم الزوج، فهل القاضي الإماراتي يرفض تنفيذ الحكم الهندي لمخالفته النظام العام بحجة أن الحكم الشرعي لا يقرر نفقة لناشز ما دام أن الزوج أصبح مسلماً وقت رفع دعوى التنفيذ أمام القضاء الإماراتي، أم يأمر

(١٨) Civ, 1er , 1er avril 1981, journal du droit international, 1981, p. 812, note D. Alexandre.

(١٩) Civ, 1er , 14 mai 2014, Bull, 2014, 1, n° 89. Civ, 1er , 23 octobre 2013, Bull, 1, n° 205.

القاضي بتنفيذ ذلك الحكم لأنه لا يخالف النظام العام بحجة أن الزوج لم يكن مسلماً وقت صدور الحكم الهندي الذي أنشأ حقاً للزوجة في النفقة؟ في الحقيقة أنني أميل إلى ضرورة توافر الرابط وقت نشوء الحق أو وقت صدور الحكم حتى يتمكن القاضي الوطني من إعمال النظام العام القائم على الارتباط، وإلا سيكون باب التحايل مفتوحاً على مصراعيه.(٢٠)

ثالثاً: مخالفة مقتضيات النظام العام في دولة الإمارات

يجب على القاضي أن يقوم بدوره في تقدير ما إذا كان النزاع يخالف مقتضيات النظام العام في دولته أم لا، لكي يتمكن إما من تطبيقه أو من استبعاده، لكن هذا التقدير وفق نظرية النظام العام القائم على الارتباط يعتمد بشكل أساسي على توافر شرط الارتباط بين النزاع وقانون القاضي الذي ينظر النزاع.(٢١) وإذا ما تبين له أن النزاع لا يرتبط بدولته، فإنه يقرر بأن النظام العام في دولته لا يتأثر أو لا يتأذى على حد تعبير محكمة تمييز دبي، وعلى ذلك لا يستبعد القانون الأجنبي المختص بنظر النزاع كما هو واضح من الأحكام السابقة المشار إليها في الفرع الأول من المطلب الأول من هذا البحث.

أما إذا تبين عند القاضي أن شرط الرابط بين النزاع والقانون الإماراتي قد تحقق، فإنه يشرع في فحص مضمون القانون الأجنبي ومدى توافق أحكامه مع مقتضيات النظام العام في دولة الإمارات. ومثال ذلك أن المدعي أقام دعوى أمام محكمة دبي الابتدائية يطلب فيها إثبات زواجه من المدعى عليها وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك تاسيساً على أنهما يحملان الجنسية النمساوية، وأنه مسلم الديانة والمدعى عليها مسيحية وتم الزواج بجمهورية النمسا دون موافقة ولي الأمر، مع العلم بأن الزوج يحمل أيضاً الجنسية المصرية، قضت محكمة الدرجة الأولى بفسخ الزواج تطبيقاً للقانون الإماراتي، استأنفت المدعى عليها الحكم واستجابت لها محكمة الاستئناف وقضت بإلغاء الحكم المستأنف، طعن المدعي في هذا الحكم بطريق الطعن بالتمييز، فقضت محكمة التمييز بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة الدعوى لمحكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجدداً بإثبات زواج المستأنف ضده من المستأنفة، طعن المدعي في هذا الحكم

(٢٠) Michel Farge, quel degré de proximité avec la France justifié l'intervention de l'ordre public pour faire échec aux répudiations, musulmanes ? droit de la famille, n° 4, avril 2007, comm . 95.

(٢١) Nathalie Joubert, la notion de liens suffisants avec l'ordre public (inlandsbeziehung) en droit international privé, thèse publiée chez litec lexis-nexis, 2007, p. 164.

بطريق النقض بالتمييز، وبعد أن تبين لمحكمة التمييز أن القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون النمساوي، باعتبار أن الزوجين يحملان الجنسية النمساوية، ليس فيه ما يفيد أنه يشترط لصحة انعقاد الزواج أن يكون بإذن من الولي الشرعي للزوجة، كما أن قانون الزوج الطاعن وهو المذهب الحنفي باعتبار أنه مصري الجنسية أيضاً يجيز أن تزوج المرأة نفسها ويكون العقد صحيحاً ولو تم بغير إذن وليها، وهذا القانون لا يخالف النظام العام في دولة الإمارات؛ لأن الزواج دون موافقة الولي لا يتعارض مع الأحكام القطعية للشريعة الإسلامية، وبناء على ذلك قررت المحكمة رفض الطعن.(٢٢)

ومن خلال ما سبق نستنتج أن الرابط الذي يربط النزاع بدولة الإمارات هو التدين بالدين الإسلامي من ناحية الزوج، وبعد التحقق من أن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج هو القانون النمساوي باعتباره قانون جنسيتهما المشترك وقت انعقاد الزواج، شرع القاضي بفحص مضمون ذلك القانون الأجنبي للتحقق من مدى توافقه مع مقتضيات النظام العام في دولة الإمارات، وتبين له أنه ليس في ذلك القانون ما يفيد لصحة الزواج موافقة ولي الزوجة، وبهذا فإن هذا القانون لا يخالف مقتضيات النظام العام الإماراتي، لعدم تعارضه مع الأحكام القطعية للشريعة الإسلامية، ورغبة من محكمة التمييز في تاكيد رأيها شرعت بفحص مضمون القانون المصري باعتباره قانون جنسية الزوج (متعدد الجنسية) وتبين لها أيضاً أن هذا القانون المستند إلى الرأي الحنفي الذي يجيز الزواج دون موافقة الولي لا يتعارض مع الأحكام القطعية للشريعة الإسلامية، وبناء على ما سبق تعيّن على المحكمة رفض الطعن.

الفرع الثالث

تمييز النظام العام القائم على الارتباط عما يختلط به من مصطلحات

لعل أكثر المصطلحات التي تختلط بمفهوم النظام العام على الارتباط هي: مصطلح القواعد ذات التطبيق الضروري، ومصطلح النظام العام الكامل، ومصطلح النظام العام المخفف. وفي هذا الفرع سنبين أوجه اختلاف تلك المصطلحات مع مصطلح النظام العام القائم على الارتباط.

(٢٢) تمييز دبي، طعن رقم ٢٠٠٨/٣٦ أحوال شخصية، تاريخ الجلسة ٢٠٠٨/٩/٢٣، الخدمات الإلكترونية لمحاكم دبي.

أولاً: التمييز بين القواعد ذات التطبيق الضروري والنظام العام القائم على الارتباط

يعرف الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة القواعد ذات التطبيق الضروري بأنها « القواعد التي قد تلازم التدخل الاقتصادي والاجتماعي للدولة، والتي قد ترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية، والاقتصادية والاجتماعية للجماعة، والتي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تبغيه السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في نطاق سريانها أياً كانت طبيعتها، وطنية كانت أم ذات طابع دولي».[٢٣]

ويعرف النظام العام بشكل عام، على الرغم من صعوبة وضع تعريف محدد له لأنه متغير من حيث الزمان والمكان، على نحو ما ذكرنا سابقاً من أنه مجموعة القواعد والأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع.

ومن خلال المقارنة بين تعريف كل من القواعد ذات التطبيق والنظام العام نجد أن الهدف في كل منهما واحد وهو حماية القواعد الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع.[٢٤] لكن أوجه الاختلاف بينهما كثيرة سنوجزها في الآتي:

١ – إن نطاق تطبيق النظام العام يكون أوسع من نطاق تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري، إذ إنه لا يمكن إعمال الأخيرة إلا إذا اتصفت بصفة الضرورية، ودخلت المسألة المعروضة أمام القضاء في نطاق سريانها، بينما نطاق تطبيق النظام العام يصعب تحديده، ويترك مجال تحديده حسب كل حالة على حدة، فهو حارس الأسس والقواعد التي يقوم عليها كيان المجتمع لدولة القاضي.

٢ – إن تطبيق النظام العام باعتباره دفعاً استبعادياً لا يمكن إعماله إلا بعد إعمال قواعد الإسناد، وينبثق عن تطبيق تلك القواعد، قانون أجنبي ثبت تعارض أحكامه مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي الذي ينظر النزاع.[٢٥] وفي المقابل

(٢٣) أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد رقم ٤٠، ١٩٨٤، ص ١٧٠.

(٢٤) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١، ص ٨٥٥.

(٢٥) انظر بخلاف ذلك: عنايت عبد الحميد ثابت، إطراح فكرة الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي

لا يمكن تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي لقانون القاضي من خلال المنهاج التنازعي (منهاج قواعد الإسناد)، وإنما تتطبق مباشرة على النزاع بمجرد توافر شروط تطبيقها، وعلى الأخص توافر الرابط بين ذلك النزاع والنظام القانوني الوطني دون حاجة إلى استشارة القانون الأجنبي.(٢٦)

ومن هنا قد يقول قائل: إن هناك تقارباً بين شرط تطبيق النظام العام القائم على الارتباط وشرط تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في دولة القاضي الذي يتمثل في ضرورة توافر رابط بين النزاع والنظام القانوني الوطني، إذ إن شرط الرابط الواجب توافره لكي تتطبق القواعد ذات التطبيق الضروري لدولة القاضي على النزاع مباشرة هو أن تتضمن القاعدة القانونية صراحة أو ضمناً معياراً لتحديد نطاق سريانها المكاني، بالإضافة إلى دخول النزاع ضمن نطاق سريانها، والمشرع قد يستخدم معايير شخصية وإقليمية لتحديد ذلك النطاق، وفي حال عدم تحديد المشرع النطاق المكاني لسريان تلك القواعد يتولى القاضي ذلك انطلاقاً من مضمون تلك القواعد.

ومن جانبي أرى وإن كان هذا المفهوم للرابط في القواعد ذات التطبيق الضروري الوطنية قد يقترب من مفهوم الرابط في تطبيق النظام العام القائم على الارتباط الذي يقدره القاضي، إلا أن تقدير القاضي له وهو بصدد تطبيق النظام العام القائم على الارتباط لا يُبنى على مضمون القواعد والأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع الوطني، وإنما يُبنى على أساس الروابط ذاتها التي هي في الأصل منفصلة عن تلك القواعد، على عكس الروابط في

= الخاص (انعقاد الاختصاص لقانون القاضي – أصالة لا استثناء – فيما يخص المسائل التي تتعلق بالنظام العام، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٥١ وما بعدها؛ إذ يرى أستاذنا أنه يجب على الدول أن تحدد القواعد التي لا تتسامح على الإطلاق في الخروج على أحكامها ليقوم قضاؤها على الفور بتطبيقها بدلاً من أن تسند الاختصاص في شأن المسائل التي تحكمها تلك القواعد إلى قانون أجنبي ومن ثم تستبعده باسم ما يسمى بالنظام العام.

(٢٦) المرجع السابق، ص١٧٩. أحمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عين شمس، العدد ١و٢ يناير- يوليو، ١٩٨١، ص٤٥. محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٧٩ وما بعدها. عنايت عبد الحميد ثابت، ذاتية أو عدم ذاتية «قواعد تأمين المجتمع» في نطاق فض تداخل مجالات انطباق القوانين ذات الطابع الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، مج ٤٨، ١٩٩٢، ص١١٥.
Et voir aussi, Loussouarn (y) et Bourel (p), droit international privé, 4e édition, précis Dalloz, Paris, 1993, p. 270. Courbe (p), droit international privé, édition Dalloz, Paris, Armand Colin, Paris, 2000, p. 133.

القواعد ذات التطبيق الضروري الوطنية التي قد يعبر عنها المشرع في صلب تلك القواعد، أو أن يقوم القاضي بتقديرها انطلاقاً من مضمون تلك القواعد فقط وليس من خارجها.

٣ – إن الدور الذي يقوم به النظام العام هو دور علاجي يتمثل في عدم السماح لقواعد القانون الأجنبي بالانطباق على مسألة قانونية معينة تتنافر مع القواعد والأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع الوطني، بينما الدور الذي تقوم به القواعد ذات التطبيق الضروري هو دور وقائي يكفل الحماية المتطلبة للسياسة التشريعية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها، بحيث تطبق تلك القواعد على المسائل القانونية ذات الطابع الداخلي والدولي على حد سواء.[٢٧]

٤ – يترتب على تطبيق النظام العام استبعاد القانون الأجنبي المختص الذي عينته قواعد الإسناد، بينما يترتب على تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري الوطنية استبعاد قاعدة الإسناد ذاتها، وعلى ذلك فحدود حماية المبادئ الأساسية في دولة القاضي تبلغ أقصاها عند تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري، وأدناها عند تطبيق الدفع بالنظام العام.

٥ – لا يمكن الاحتجاج من حيث المبدأ بأي مركز قانوني نشأ في الخارج يخالف النظام العام لدولة القاضي، بينما يمكن تنفيذ أو الاحتجاج بالمراكز القانونية في خارج نطاق تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري حتى وإن نشأت أو انقضت على خلاف أحكامها.

ثانياً: التمييز بين النظام العام الكامل والنظام العام القائم على الارتباط

لا شك أن الشرط الوحيد لتطبيق النظام العام الكامل هو مخالفة القانون الأجنبي للقواعد والأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع الوطني، ولا يطبق هذا النوع من النظام العام إلا في حالة إنشائه للمراكز القانونية في دولة القاضي، ولا يشترط لتطبيقه توافر رابط بين المسألة القانونية والدولة الإماراتية. فمثلاً إذا طُلب من القاضي الإماراتي أن يقدر صحة زواج أعلن في دولة الإمارات من عدمه، وكان هذا الزواج بين فرنسي مسلم وفرنسية غير مسلمة، فالقاضي هنا يبطل الزواج بسبب مخالفته للنظام العام، وإن كان القانون الفرنسي يسمح بالزواج بين مختلفي الديانة.

(٢٧) أحمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٥٠ وص ٥١.

أما إذا كان المركز القانوني قد نشأ في الخارج ويراد الحكم بصحته أو بالاعتراف في ترتيب آثاره في دولة الإمارات العربية المتحدة، فإن تدخل النظام العام الكامل لا يكون بنفس التأثير فيما لو كان المركز القانوني قد نشأ في دولة الإمارات؛ وذلك لأن الأمر لا يعني القانون الإماراتي ولا يرتبط برابط وثيق في الدولة الإماراتية،[٢٨] وعليه فمن الضروري من البحث عن شروط أخرى لتطبيق النظام العام الذي يؤدى دوراً استثنائياً هنا من أجل عدم الاعتراف بذلك المركز القانوني أو بآثاره في دولة الإمارات، وهنا يلعب النظام العام القائم على الارتباط دوراً مهماً في استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في حال توافر رابط بين ذلك المركز القانوني ودولة الإمارات، وهذا ما درج عليه قضاة محكمة تمييز دبي في مسائل الأحوال الشخصية، بحيث لا يفعّل قضاء محكمة تمييز دبي النظام العام إلا إذا كان النزاع يرتبط بدولة الإمارات، وهذا الارتباط معياره إما الجنسية، أو الانتماء إلى الدين الإسلامي.

ثالثاً: التمييز بين النظام العام المخفف والنظام العام القائم على الارتباط

لما بدأ القضاء الفرنسي بموجب حكم Rivière الصادر عن محكمة النقض الفرنسية التمييز بين اكتساب الحق في فرنسا وآثار الحق المكتسب في الخارج قرر بأن درجة تدخل النظام العام الفرنسي تختلف بين الحالتين، ففي الحالة الثانية وبالرغم من أن الحق قد اكُتسب في الخارج، فإنه لا يمنع من ترتيب آثاره في فرنسا إذا اكتسب دون تحايل في الخارج، ووفقاً للقانون المختص بموجب قواعد القانون الدولي الخاص الفرنسية.[٢٩] وفي هذا الحكم لم يعبر القضاء الفرنسي صراحة عن مصطلح النظام العام المخفف، إلا أنه في وقت لاحق استخدمت محكمة النقض الفرنسية هذا المصطلح بشكل أكثر وضوحاً في قضية Munzer إذ قضت بأن النظام العام الذي لا يتدخل إلا بموجب أثره المخفف تكون حدته في التدخل أقل مما لو كان الحق قد نشأ في الخارج، بمعنى أن ردة فعل النظام العام تختلف إزاء الحق المكتسب في فرنسا، وإزاء الآثار التي يرتبها في فرنسا حق تم اكتسابه في الخارج[٣٠]. وتطبيقات هذا النوع من النظام العام في تناقص في فرنسا؛ وذلك بسبب امتداد تدخل النظام العام القائم على الارتباط.[٣١]

---

(٢٨) انظر في فكرة عدم تأثر النظام العام في مثل هذه الحالة: فؤاد رياض وسامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٢٣٩.

(٢٩) Courbe, droit international privé, op.cit, p. 106.

(٣٠) Cass. Civ. 17 avril 1953, JCP, G, 1953, II, 7863, note J. Buchet.

(٣١) Cass. Civ 1er , 7 janvier 1964, JDI, 1964, P. 302, note Goldman.

Cass, civ, 1er, 11 février 2015, publie sur le site www.legifrance.gouv.fr.

إن مصطلح النظام العام المخفف لم يستخدم من قبل محكمة تمييز دبي، ونفضل بألا تستخدمه تلك المحكمة؛ وذلك لعدم قناعتنا بهذا المصطلح، إذ إن القواعد المتعلقة بالنظام العام لا يمكن تلطيفها، والقول بغير ذلك من شأنه أن يخرج تلك القواعد عن هدفها المنشود وهو حماية القواعد والأسس الجوهرية في النظام القانوني لدولة القاضي الذي يطلب منه الاعتراف بالمراكز القانونية وآثارها التي نشأت في الخارج، أو الأمر بتنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بتلك الحقوق والآثار، بالإضافة إلى أن فكرة النظام العام المخفف قائمة على مبدأ احترام الحقوق التي اكتسبت في الخارج، مع العلم بأن هذا المبدأ يكتنفه الغموض، خصوصاً في وقتنا الراهن الذي أصبحت فيه وسائل المواصلات تتسم بالسرعة، الأمر الذي يترتب عليها سهولة انتقال الأشخاص والأشياء بين الدول؛ ولهذا إذا ما أراد شخص أن يستفيد من مبدأ الحق المكتسب، وبالتالي من فكرة النظام العام المخفف، ما عليه إلا أن يسافر إلى دولة أجنبية أخرى، أو حتى إلى دولته الوطنية، ويكتسب حقاً فيها ويطلب الاعتراف به فيما بعد في الدولة التي يقيم فيها بالرغم من مخالفته للنظام العام في الدولة الأخيرة، وينتزع الاعتراف به بالاستناد إلى ما يسمى بالأثر المخفف للنظام العام.[٣٢]

من هنا نقول إن مصطلح النظام العام المخفف لم يعد يختلط بمفهوم النظام العام القائم على الارتباط، بحجة أن الأخير هو من وضع القيود على تطبيق النظام العام المخفف، بحيث لا يمكن إعمال النظام العام المخفف إلا إذا كان الحق الذي نشأ في الخارج أو الأثر الذي يترتب على ذلك الحق لا يرتبط بقانون دولة القاضي الذي ينظر النزاع، وهذا يعني أن تطبيق النظام العام المخفف انحصر في الحالة التي لا ترتبط بقانون دولة القاضي الذي ينظر النزاع، أما بالنسبة للحقوق التي اكتسبت في الخارج فقد لا يعترف بها إذا نشأت مخالفة للنظام العام في دولة القاضي، إذا كانت تلك الحقوق تتعلق بشخص يحمل الجنسية الإماراتية أو بشخص ديانته الإسلام.

المطلب الثاني

تقدير النظام العام القائم على الارتباط

أوضحت فيما سبق أن النظام العام القائم على الارتباط لا يمكن إعماله لغاية القيام بدوره، وهو استبعاد القانون الأجنبي المخالف لمقتضيات النظام العام في دولة

(٣٢) Bertrand Ancel et Yves Lequette , les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, grands arrêts, Dalloz, 5e édition 2006, p. 243. Rémy libchaber, l'exception d'ordre public en droit international privé, l'ordre public à la fin de XXe siècle, thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, p. 72.

الإمارات العربية المتحدة، إلا بعد توافر شروط تطبيقه. والسؤال الذي نود أن نبحث له عن إجابة هو: هل المعايير التي تستخدم للقول بوجود ارتباط من عدمه للنزاع بدولة القاضي كافية لتشكل نقطة انطلاق الدفع بالنظام العام؟ وهل النظام العام القائم على الارتباط يشكل عامل ضعف للنظام العام الوطني؟

إن الإجابة عن هذين التساؤلين ستكون محلاً للفرعين الآتيين:

الفرع الأول
تقدير معايير الارتباط المستخدمة من قبل قضاة محكمة تمييز دبي

بيّنا فيما سبق أن محكمة تمييز دبي استخدمت معيارين لغاية استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام هما: معيار الجنسية الإماراتية ومعيار الدين الإسلامي، فتطبيق أي من هذين المعيارين يثير تساؤلين هما: هل المعياران المذكوران يشكلان معيار ارتباط أم لا؟ وما هو الوقت الذي بناء عليه يقرر القاضي توافر معيار الارتباط من عدمه؟

إن الإجابة عن هذين التساؤلين ستكون على النحو الآتي:

أولاً: معيار الجنسية معيار ارتباط أم معيار سيادة

تعّرف الجنسية على أنها الانتماء القانوني لشخص ما إلى السكان المكوّنين للدولة.[٣٣] ومن خلال التعريف قد يرى البعض أنه لمّا كان أمر تنظيم الجنسية متروكاً للمشرع الوطني، الذي يتمتع بحرية كاملة في تحديد الأفراد الذين يحملون جنسية دولته، فإن موضوعاتها تنبثق من سيادة الدولة ذاتها، وهذا يعني أن معيار الجنسية بهذا المفهوم هو معيار سيادة نابع من سيادة الدولة على مواطنيها، وعلى ذلك فهو معيار غير قائم على مقتضيات التركيز المكاني الموضوعية للمراكز القانونية ذات الطابع الدولي، وإنما على بعض اعتبارات من طبيعة سياسية[٣٤] تتثمل في رابطة التبعية بين الفرد والدولة والتي بموجبها يتوجب على الفرد الولاء للدولة، ويقع على عاتق الدولة حمايته.[٣٥] ومن أبرز

(٣٣) Batiffol et Lagarde, traité de droit international privé, tome 1, 8e édition, L .G.D.J, 1993, p. 95.

(٣٤) الدكتور عنايت عبد الحميد ثابت، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في دولة الإمارات، ج٢، ١٩٩٩، ص١٥٦.

(٣٥) Lagarde, le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RCADI, 1986, p. 66.

الحجج التي يُستند إليها للقول بأن معيار الجنسية هو معيار يتعلق بسيادة الدولة، أن الأخيرة هي التي تحدد جميع المسائل المتعلقة بالجنسية من حيث الاكتساب والفقدان، فتلك المسائل تدخل في الاختصاص الحصري لحق الدولة في تنظيم أمر جنسيتها. هذا بالإضافة إلى أنه في حال كان الشخص يحمل جنسية دولة أجنبية بالإضافة إلى الجنسية الوطنية، فإن الجنسية الوطنية هي التي تسمو على الجنسية الأجنبية، وهذا السمو نابع من فكرة سيادة الدولة على مواطنيها، ويترتب على سمو الجنسية الوطنية تطبيق القانون الوطني، وفي هذا الاتجاه نصت المادة ٢٤ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه: «.... على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد جنسية دولة الإمارات العربية المتحدة وجنسية دولة أخرى فإن قانون دولة الإمارات هو الذي يجب تطبيقه».

وبناء على القول السابق لا يكفي هذا الرابط أي رابط الجنسية، لغاية إعمال الدفع بالنظام العام؛ وذلك لأن القواعد المتعلقة بالنظام العام لا تهدف إلى حماية المواطنين، وإنما تهدف إلى حماية الأسس والمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني لدولة القاضي، وبالنتيجة فإنه من الضروري استخدام معايير أخرى ذات تركيز مكاني كالموطن أو مكان الإقامة(٣٦).

لكن في المقابل قد يرى البعض الآخر أن معيار الجنسية هو معيار ارتباط؛ إذ إنه يمثل مركز الثقل في العلاقة بين الشخص ودولة معينة، فالتركيز هنا ليس تركيزاً مكانياً وإنما هو تركيز نفسي أو معنوي، بحجة أن الجنسية تعبر عن الانتماء للشعب المكون للدولة، ولذلك فهي بمثابة هوية.(٣٧) ولهذا السبب جرى العمل في الكثير من الدول ومنها دولة الإمارات على إخضاع مسائل الأحوال الشخصية لقانون جنسية الشخص، معتمدة على عنصر الأطراف الذي يشكل العنصر الأبرز والأثقل وزناً في تلك المسائل.

ومن ناحيتي أرى أن معيار الجنسية باعتباره أحد المعايير التي يستند إليها قضاء محكمة تمييز دبي لإعمال النظام العام القائم على الارتباط هو معيار ارتباط، وإن كان في الظاهر يعبر عن سيادة الدول، لكنّه معيار ذو تركيز مكاني وشخصي، وهو يعتبر معياراً كافياً لإعمال النظام العام، وفيما يأتي أوضح السبب:

(٣٦) R. Martin, vous avez dit proximité? D. 2004, p. 507.

(٣٧) A. J. Arnaud, philosophie des droits de l'homme internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille , L.G .D.J. 1996, p. 421. A. Mezghani , droit international privé Etats nouveaux et relations privées système de droit applicable et droit judiciaire international, Cérès Tunis, 1991, p. 204.

من المعلوم أن الجنسية الإماراتية تكتسب إما بالميلاد أو بالزواج من إماراتي أو بالتجنس، واكتساب الجنسية الإماراتية على أساس الميلاد بناء على رابطة الدم من جهة الأب بحكم القانون أو من جهة الأم بحكم القانون في الحالات الاستثنائية التي نص عليها قانون الجنسية الإماراتي لسنة ١٩٧٢ لا يعبر عن أي تركيز مكاني في الظاهر، لكنّ في حقيقة الأمر أن رابطة الدم في منح جنسية الأباء للأبناء تعتمد في الأساس على رابط إقليمي، ألا وهو أن هؤلاء الأبناء هم من أصلاب من تمتع بالجنسية الإماراتية على أساس أنه عربي مقيم في عام ١٩٢٥ أو قبله في أي إمارة من الإمارات، وحافظ على إقامته فيها حتى سريان قانون الجنسية الإماراتي ١٩٧٢، وتعتبر إقامة الأصول متممة لإقامة الفروع (المادة ٢ من قانون الجنسية الإماراتي).

أما بالنسبة لاكتساب الجنسية بالتجنس بالاستناد إلى المواد ٥ و ٦ و ٧و ٨ فجميع هذا المواد تشترط الإقامة، وهذه الأخيرة خير مثال على التركيز المكاني، أما بالنسبة لاكتساب الجنسية الإماراتية بناء على الزواج من مواطن بحكم القانون، فالمادة ٤ من قانون الجنسية الإماراتية لم تشترط الإقامة لغاية الحصول على الجنسية، وإنما اشترطت المادة المذكورة الإعلان عن الرغبة في الحصول على الجنسية، بالإضافة إلى استمرار العلاقة الزوجية قائمة لمدة ٣ سنوات من تاريخ إبداء الرغبة، وفي هذه المادة لا يستند منح الجنسية للزوجة إلى رابط إقليمي، لكن السبب في منح الجنسية هنا هو إعلان الزوجة عن رغبتها، وهذا الإعلان هو تعبير عن الإرادة والرغبة في الحصول على الجنسية الإماراتية، وهو بمثابة رابط شخصي قوي، والدليل على ذلك الرابط القوي هو أن الزوجة يجب أن تتخلى عن أي جنسية أخرى تحملها(المادة ١١ والفقرة ج من المادة ١٥ من قانون الجنسية) لكي تحصل على الجنسية الإماراتية .

بعد أن بيّنا أن معيار الجنسية يعتبر رابطاً من شأنه أن يؤدي إلى إعمال النظام العام القائم على الارتباط، فمن الملاحظ أن هذا المعيار يصلح في القانون الإماراتي لإطلاق الدفع بذلك النظام العام، خصوصاً عندما يطلب من القضاء الإماراتي الاعتراف بالحقوق التي نشأت في الخارج، أو الاعتراف أو تنفيذ حكم أجنبي صادر بشأن مسألة نشأت في الخارج، فمثلاً لو أن زوجة أجنبية متزوجة من إماراتي حصلت على حكم قضائي في الخارج يقضي لها بالنفقة وهي ناشز، فهذا الحكم لا ينفذ في دولة الإمارات، لأنه يصطدم بفكرة النظام العام القائم على الارتباط؛ إذ إن النزاع يرتبط بدول الإمارات على أساس أن المدعى عليه يحمل الجنسية الإماراتية، والحكم بالنفقة لزوجه ناشز بموجب قانون أجنبي يخالف مقتضيات النظام العام في دولة الإمارات.

ثانياً: تقدير معيار الدين

عندما نص المشرع الإماراتي على قواعد الإسناد في قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٥ لم يستخدم معيار التدين بالدين الإسلامي، بالإضافة إلى أن المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية لم تعتبر معيار التدين بالدين الإسلامي معياراً لتطبيق ذلك القانون، فأحكام قانون الأحول الشخصية تطبق على المواطنين المسلمين وغير المسلمين في حال لم تكن لغير المسلمين قوانين في الدولة خاصة بطائفتهم أو ملتهم، كما أنها تطبق على الأجانب سواء أكانوا مسلمين أم غير مسلمين إلا إذا تمسكوا بتطبيق قانونهم وأقاموا الدليل على وجوده.

وبالرغم من كل ذلك لجأت محكمة تمييز دبي إلى استخدام هذا المعيار من أجل القول بأن القانون الأجنبي الواجب التطبيق يخالف النظام العام المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية من عدمه، فقررت مثلاً أن القانون الأجنبي الذي يحرم الأب من الميراث لا يخالف النظام العام الإماراتي، لأن أحد أطراف الدعوى لم يكن مسلماً، بمعنى أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تتأذى من تطبيق ذلك القانون الأجنبي طالما لم يكن أحد أطراف الدعوى مسلماً، ولا شك في أن لجوء محكمة التمييز إلى رابط الدين معيب للأسباب التالية:

١ – إن توافر رابط التدين بالدين الإسلامي من شأنه أن يؤدي إلى نتيجة مفادها أن النظام العام في دولة الإمارات المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية يتأذى إذا ثبت أن القانون الأجنبي يخالف النظام العام، وفي المقابل في حال عدم توافر هذا الرابط فإن النتيجة ستكون تطبيق القانون الأجنبي على اعتبار أن الشريعة الإسلامية أو النظام العام لا يتأذى. وإذا ما تبين للقاضي أن الشريعة الإسلامية لا تتأذى من خلال عدم تدين أحد أطراف الدعوى بالدين الإسلامي، فإنه لا يشرع في فحص مضمون القانون الأجنبي لتبيان مدى موافقته مع النظام العام أو أحكام الشريعة الإسلامية. وهذا القول فيه صعوبة من ناحية التطبيق لأنه يقع على القاضي واجب تحديد الحالات التي يتأذى فيها من عدمه النظام العام المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية من أجل تقرير أو عدم تقرير تطبيق القانون الأجنبي المختص بالنزاع المشوب بعنصر أجنبي.

٢ – إن الأخذ بمعيار التدين بالدين الإسلامي من أجل تطبيق النظام العام واستبعاد القانون الأجنبي المخالف من شأنه أن يسمح بتطبيق الكثير من قواعد القانون الأجنبي التي تخالف الشريعة الإسلامية بحجة أن الشريعة لا تتأذى من ذلك

التطبيق طالما لم يكن أحد الأطراف مسلماً؛ لذلك نرى أن الأحكام الشريعية القطعية تشكل جزءاً من النظام العام الإماراتي يجب تطبيقها واستبعاد أي قانون أجنبي يخالفها ولو لم يكن أحد الأطراف مسلماً. وبناء على ذلك نرى أن رابط التدين بالدين الإسلامي لا يعتبر رابطاً وثيقاً من أجل استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام؛ إذ إن القانون الأجنبي قد يخالف قواعد الشريعة الإسلامية ولو لم يكن أحد الأطراف مسلماً، فمثلاً القانون الأجنبي الذي يسمح بزواج المحارم يعتبر مخالفاً للأحكام القطعية الإسلامية التي تشكل جزءاً من النظام العام الإماراتي ولو لم يكن أي من الأطراف مسلماً، بحجة أن تلك الأحكام لا تقبل التغيير ولا يباح الخروج عليها مطلقاً.(٣٨)

الفرع الثاني

النظام العام القائم على الارتباط يضعف أو يهدر النظام العام الوطني المستمد من الشريعة الإسلامية

إن تدخل النظام العام يكون إما في لحظة نشوء الحق في دولة الإمارات، وإما في مرحلة الاعتراف بالحقوق التي نشأت في الخارج، أو بالاعتراف أو بتنفيذ الحكم الأجنبي الصادر من محكمة أجنبية في دولة الإمارات.

ولما كنا بصدد حقوق تتعلق بالأحوال الشخصية نشأت في دولة الإمارات، فإن النظام العام المعني هنا هو النظام العام الإسلامي؛ أي أحكام الشريعة الإسلامية القطعية. فمثل تلك الأحكام لا يمكن إهدارها مطلقاً، وبالتالي فإن أي قانون أجنبي يخالفها يجب أن يستبعد بغض النظر عن ديانة الشخص أو عدم تمتعه بالجنسية الإماراتية، فعدم التمتع بالجنسية الإماراتية لا يبرر إهدار الأحكام القطعية الإسلامية، وهذا ما ذهبت إليه محكمة تمييز دبي، إذ قضت بأن نص المادة ٣٧ من قانون الطائفة الدرزية في لبنان الذي ينص على أنه: «لا ينحل عقد الزواج بالطلاق إلا بحكم قاضي المذهب، ونص المادة ٣٨ من ذات القانون الذي ينص على أن: «لا تحل للرجل مطلقته أبداً بعد صدور حكم القاضي بالتفريق بينهما» يخالفان أحكام الشريعة الإسلامية التي تجيز للزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة، وتوقع عليه الطلاق متى صدر منه دون حاجة إلى حكم القضاء به، كما تجيز له أن يراجعها بعد الطلاق الرجعي ما دامت في العدة منه، وأن يعقد عليها من

(٣٨) صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، ط١، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٤٤.

جديد إذا خرجت من عدة الطلاق الرجعي، وعلى ذلك يستبعد القانون اللبناني لمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية التي تشكل جزءاً من النظام العام لدولة الإمارات، وعليه فإن وثيقة إشهاد الطلاق الصادرة عن محكمة دبي الابتدائية صحيحة.(٣٩)

وبناء على الحكم السابق نرى أن محكمة تمييز دبي خيراً فعلت باستبعادها القانون اللبناني/ الطائفة الدرزية لمخالفته النظام العام الكامل لدولة الإمارات، لأنه إذا ما قامت محكمة التمييز بتطبيق النظام العام القائم على الارتباط، فإنها لا تستبعد القانون اللبناني/الطائفة الدرزية بسبب عدم تمتع أحد الأطراف بالجنسية الإماراتية، وعدم استبعاد القانون اللبناني في تلك القضية فيه حتماً إهدار لمتطلبات النظام العام الإماراتي.

لقد بينّا فيما سبق أن محكمة تمييز دبي في الطعن ١١٠ لسنة ٢٠٠٨ قضت بأن القانون الهندوسي الذي بموجبه تقرر نفقة للزوجة بالرغم من عدم مساكنتها لزوجها هو الواجب التطبيق على النفقة، ولا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية بحجة أنه لم يكن أحد الأطراف مواطناً أو أجنبياً مسلماً. ولا شك أن هذا الحكم فيه إهدار لمقتضيات النظام العام، وكان على المحكمة الموقرة استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام، وسبب إهدار متطلبات النظام العام في هذه القضية هو تطبيق فكرة النظام العام القائم على الارتباط، إذ إنه ما دام النزاع لا يرتبط بدولة الإمارات فإن الشريعة الإسلامية لا تتأذى من تطبيق القانون الأجنبي الذي يقرر مثل تلك النفقة. ونقصد بما نقول أنه لو قام القاضي الإماراتي بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية لاستبعد القانون الأجنبي المخالف لها، بسبب أن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية لا يتطلب وجود أي من الروابط المشار إليها في الحكم المذكور أعلاه، ففي قضية مشابهة من حيث الحيثيات اعتبرت محكمة تمييز دبي، دون اشتراط أن يكون أحد الأطراف إماراتياً أو أجنبياً مسلماً، القانون الهندوسي الذي يقرر نفقة لزوجة منفصلة عن زوجها ولا تساكنه، يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا هو تطبيق النظام العام الكامل الذي لا يشترط لغاية تطبيقه توافر أي رابط يربط النزاع بدولة الإمارات(٤٠).

(٣٩) الطعن رقم ٢٤ لسنة ١٩٩٥، أحوال شخصية، تمييز دبي، جلسة السبت ١٦ مارس ١٩٩٦، مكتب فني٧، ج١، ص١٥٥. أما المحكمة الاتحادية العليا فاعتبرت القانون الإنجليزي الذي يسلب الأزواج حقهم في الزواج مخالفاً للشريعة الإسلامية ومخالفاً للنظام العام؛ لأن أحكام الشريعة الإسلامية تعتبر من النظام العام، الاتحادية العليا، الطعن رقم ٣٦٥ لسنة ٢٨، أحوال شخصية، جلسة الثلاثاء ٢٠٠٧/٦/١٢، مكتب فني ٢٩، ص٦٧.

(٤٠) الطعن رقم ١ لسنة ١٩٩٦، الجلسة ١٩٩٧/٣/٢٢، المكتب الفني ٨، ص٢١٧.

وفيما يتعلق بالحقوق التي نشأت في الخارج، أو الأحكام القضائية التي صدرت في الخارج ويراد تنفيذها في دولة الإمارات، فإن الاعتراف بتلك الحقوق أو تنفيذ تلك الأحكام يرتهن بعدم مخالفة النظام العام في دولة الإمارات. وإذا ما أردنا تطبيق فكرة النظام العام القائم على الارتباط من أجل احترام الحقوق المكتسبة التي نشأت في الخارج طالما أنها نشأت صحيحة وفق القانون الأجنبي دون تحايل على القوانين، فإنه قد يقول قائل إنه يجب احترام تلك الحقوق وإن كانت متعارضة مع أحكام الشريعة الإسلامية، ما دام أن أحد الأطراف لم يكن أجنبياً مسلماً أو إمارتياً، بحجة أن الشريعة الإسلامية في هذه الحالة لا تتأذى، ومثال ذلك لو أن شخصاً يحمل الجنسية القبرصية أوصى لشخص بما يزيد على ثلث أمواله المنقولة الكائنة في دولة الإمارات، وكان القانون القبرصي يجيز الوصية بأكثر من ثلث الأموال، فإن هذا القانون لا يستبعد لمخالفته الشريعة الإسلامية لأنها لا تتأذى إذا لم يكن أحد الأطراف إمارتياً أو أجنبياً مسلماً.

في الحقيقة إن هذا القول الذي تؤيده محكمة تمييز دبي منتقد من زاوية أنه من الصعب جداً وضع قائمة يتم فيها حصر الحالات التي لا تتأذى فيها الشريعة الإسلامية. كما نرى أن أحكام الشريعة الإسلامية الغراء لا تتبدل ولا تتغير فيما فيها من مبادئ وكليات، وبالتالي إن أي قانون أجنبي يخالف تلك الأحكام يجب أن يستبعد من قبل القاضي الذي ينظر النزاع دون اشتراط أن يكون أحد الأطراف إماراتياً أو أجنبياً مسلماً طالما أن المسالة عرضت أمام القضاء، فالترافع أمام القضاء من قبل جميع الأطراف يعني إهدار الحق المكتسب المخالف للنظام العام الإسلامي.

وعلى ذلك نخلص إلى القول بأن فكرة النظام العام القائم على الارتباط هي فكرة وهمية، بناء عليها يتم تطبيق قوانين دول أجنبية تخالف أحكام قطعية إسلامية، بحجة أن الحقوق غير مرتبطة بدولة القاضي؛ لذلك كان من الأسلم عدم اللجوء إلى تلك الفكرة والتركيز على الفحص الموضوعي لقواعد القانون الأجنبي من أجل إبراز مدى توافقه من عدمه مع النظام العام وأحكام الشريعة الإسلامية في دولة الإمارات العربية المتحدة.

الخاتمة

بعد أن فرغنا من كتابة هذا البحث، تبين لنا أن محكمة تمييز دبي طبقت فكرة النظام العام القائم على الارتباط من أجل استبعاد القانون الأجنبي المخالف لمقتضيات النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية المتضمنة عنصراً أجنبياً. وتطبيقاً لهذا الفكرة لا يشرع القاضي بفحص مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلا بعد

التأكد بأن النزاع يرتبط بدولة الإمارات برابط الجنسية الإماراتية أو رابط التدين بالدين الإسلامي. أما إذا لم يرتبط النزاع بأي من الرابطين المشار إليهما، فإن القاضي يطبق القانون الأجنبي وإن كان مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وحجته في ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تتأذى من تطبيق ذلك القانون.

ولا شك أن موقف محكمة التمييز من فكرة النظام العام القائم على الارتباط أثار فضولي لمعالجة فكرة هذا النوع من النظام العام، وقمت بمناقشته من زاويتين: الزواية الأولى تتعلق بضرورة بيان ماهيته، وأما الزواية الثانية فتخص تقدير فكرة النظام العام القائم على الارتباط.

وبعد منافشة هذا الموضوع من جميع جوانبه توصلت إلى جملة من النتائج والتوصيات أوجزها فيما يأتي:

أولاً: النتائج

يمكن إيجاز النتائج التي توصلت إليها في الآتي:

١ – طبقت محكمة تمييز دبي النظام العام التقريبي في قضاياها بعد عام ٢٠٠٥ ، إذ إنها لا تستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع المخالف لأحكام الشريعة الإسلامية طالما لم يكن أحد أطراف النزاع إماراتياً أو أجنبياً مسلماً.

٢ – حددت المحكمة معيار الارتباط بمعيارين، ولم تشترط الجمع بينهما وهما معيار الجنسية ومعيار التدين بالدين الإسلامي، واتضح أن معيار الجنسية يعتبر معيار ارتباط لا معيار سيادة؛ إذ إنه يعبر عن الهوية، بالإضافة إلى أن منح الجنسية في الكثير من الأحيان يعتمد على أساس إقليمي ولو كان ذلك بصورة غير مباشرة. أما بخصوص معيار التدين بالدين الإسلامي فقد تبين أنه لا يصلح كمعيار للارتباط، وذلك لأن الدين الإسلامي لم توضع قواعده لحكم المسلمين فقط، بل جاءت قواعده عالمية التطبيق خصوصاً تلك القواعد التي لا تحتمل التغيير والتبديل.

٣ – لا تفحص المحكمة مضمون القانون الأجنبي لغاية معرفة مدى توافقه مع النظام العام الوطني إلا بعد التحقق من توافر أي من المعايير السابق الإشارة إليها.

٤ – إن النظام العام القائم على الارتباط يختلف عن القواعد ذات التطبيق الضروري والنظام العام الكامل والنظام العام المخفف المتعارف على تطبيقها في القانون الدولي الخاص.

٥ – صعوبة وضع قائمة في المسائل التي يطبق عليها القانون الأجنبي، ويترتب على ذلك التطبيق أن تتأذى أو لا تتأذى أحكام الشريعة الإسلامية.

ثانياً: التوصيات

لعل أهم التوصيات التي نقترحها في هذا الإطار تتثمل في الآتي:

١ – نتمنى على القضاء أن يطبق فكرة النظام العام الكامل المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، وأن لا يعلق تطبيقه لتلك الأحكام على توافر رابط الجنسية الإماراتية أو رابط تدين الأجنبي بالإسلام، بمعنى آخر نتمنى أن يستبعد القضاء تطبيق أي قانون أجنبي يخالف مقتضيات النظام العام المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية القطعية.

٢ – نتمنى أن يتم إعداد دراسة فقهية من فقهاء الشريعة الإسلامية في دولة الإمارات العربية المتحدة، يبينون فيها المسائل التي تدخل في نطاق أحكام الشريعة الإسلامية القطعية والتي لا تحتمل التغيير والتبديل، وذلك لتسهيل مهمة القاضي من خلال الاسترشاد بها في الوقوف على مدى اتفاق القانون الأجنبي مع تلك الأحكام.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

- **أحمد عبد الكريم سلامة**، القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون سنة نشر.
- القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد رقم ٤٠، ١٩٨٤.
- **أحمد قسمت الجداوي**، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عين شمس، العدد ١و٢ يناير- يوليو، ١٩٨١.
- **حسام الدين فتحي ناصف**، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٤.
- **عنايت عبد الحميد ثابت**، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في دولة الإمارات، ج٢، ١٩٩٩، ص١٥٦.
- ذاتية أو عدم ذاتية «قواعد تأمين المجتمع» في نطاق فض تداخل مجالات انطباق القوانين ذات الطابع الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، مج ٤٨، ١٩٩٢.
- إطراح فكرة الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص (انعقاد الاختصاص لقانون القاضي - أصالة لا استثناء - فيما يخص المسائل التي تتعلق بالنظام العام، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
- **صلاح الدين جمال الدين**، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، ط١، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- **فؤاد رياض وسامية راشد**، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.
- **محمود سلطان عبدالله**، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق-جامعة الموصل، العراق، عدد ٤٣، ٢٠١٠.
- **محمود محمد ياقوت**، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١، ص ٨٥٥.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية:

- A.J.Arnaud, philosophie des droits de l'homme internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille, L.G .D.J. 1996.
- A. Mezghani, droit international privé Etats nouveaux et relations privées système de droit applicable et droit judiciaire international, Cérès Tunis, 1991.
- A.Bucher Andreas, l'ordre public et le but social des lois en doit international privé, Recueil des Cours Académie de droit international, II, 1994, tome 239.
- Batiffol et Lagarde, traité de droit international privé, tome 8 ,1e édition, L .G.D.J, 1993.
- Bertrand Ancel et Yves Lequette , les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, grands arrêts, Dalloz, 5e édition 2006.
- Courbe (p), droit international privé, édition Dalloz, Paris, Armand Colin, Paris, 2000.
- F.C.Von Savigny, traité de droit roman, éd Panthéon- Assas, Paris, 2002.
- Jean-Yves Carlier, quand l'ordre public fait désordre pour une interprétation nuancée de l'ordre public de proximité en droit international privé à propos de deux arrêts de cassation relatifs à la polygamie et à la répudiation, revue générale de droit civil belge, 2008.
- Lagarde, le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RCADI, 1986, II, tome 196.
- Loussouarn (y) et Bourel (p), droit international privé, 4e édition, précis Dalloz, Paris, 1993.

- Michel Farge, quel degré de proximité avec la France justifié l'intervention de l'ordre public pour faire échec aux répudiations, musulmanes ? droit de la famille, n° 4, avril 2007, comm . 95.
- Nathalie Joubert, la notion de liens suffisants avec l'ordre public (inlandsbeziehung) en droit international privé, thèse publiée chez litec lexis-nexis, 2007.
- P. Lagarde, la théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation française l'expérience française, in nouveaux itinéraires en droit hommage à François Rigaux, Bruylant , 1993.
- R. Martin, vous avez dit proximité? D. 2004.
- Rémy libchaber, l'exception d'ordre public en droit international privé, l'ordre public à la fin de XXe siècle, thèmes et commentaires, Dalloz, 1996.